

## **CONTESTAÇÃO DA PATERNIDADE E A CONSTITUIÇÃO DE 88**

---

**FRANCISCO CESAR ASFOR ROCHA\***

*Professor da Faculdade de Direito da UFC e Advogado*

*Vice-Presidente da OAB-CE*

Dentre tantas inovações trazidas ao direito positivo brasileiro pela Constituição Federal de outubro de 1988, ressaltam, com enorme e às vezes até surpreendente ênfase, sobretudo para os espíritos mais conservadores, os dispositivos nela contidos que repercutem profundamente no Direito de Família.

Tais comandos constitucionais, inobstante já decorridos mais de dois anos de ingresso da Carta Magna a direcionar o universo jurídico nacional, não foram ainda bem absorvidos pela comunidade que deles se ocupa por dever de ofício, como também - por maior razão - por aqueles que são por eles, pessoal e intimamente, afetados no cotidiano de cada dia.

Essa inabsorção, decerto, pode ser lançada, por vezes, ao conservadorismo irrefreável a que são dados, em larga escala, os que cuidam de aplicar o Direito.

Assim, os efeitos modificativos de uma legislação nova, sobretudo quando constitucional, são captados lenta e gradualmente, face à natural e costumeira vocação de se aplicar o ***Direito hoje*** sempre atento em se saber como o ***Direito*** foi aplicado ***ontem***, vale dizer, sempre tendo inspiração nos precedentes judiciais com que foi tratada a matéria, isto é, buscando luzes nos conceitos anteriores (***pré-conceitos***) nascidos e criados em regras revogadas e que se cristalizaram pelo uso prolongado - e de tal maneira - que o espírito acomodado já nem mais é dado a querer refletir sobre a novidade contida na norma chegada.

Outras vezes, decorre de **preconceitos** arraigados, plasmados no experimento de toda uma vida, e que se solidificaram com força tal a criarem barreiras intransponíveis para lúcidos exames, daí decorrendo o repúdio impulsivo a toda novidade que se faz surgir.

Outras vezes, provém do desconhecimento, mesmo da ignorância, sobre as novas regras que a Constituição trouxe.

Seja por qual desses motivos, o fato é que as impactantes alterações constitucionais, no Direito de Família, estão sendo amortecidas, pouco sendo postas em prática, desmerecendo uma reflexão mais apurada.

PEDRO SAMPAIO, jurista da Bahia, cuidou de bem anotar, em obra recente de destacado didatismo, cento e quarenta e seis situações, atinentes ao Direito de Família e ao seu irmão siamês - Direito das Sucessões - previstas na legislação civil, que foram diretamente atingidas pelos novos preceitos constitucionais.

Interessante observar que essas tantas alterações que possam ter afetado o Código Civil nos campos referidos, decorrem de pouquíssimas regras da nova Constituição, valendo reproduzir as seguintes:

- a) homens e mulheres são iguais em direito e obrigações, nos termos desta Constituição;
- b) os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

A legislação civil, à luz dos princípios da Constituição revogada, oferecia, como ainda oferece (apenas) na redação que continua, alternância de privilégios e desconfortos, ora à mulher, ora ao

marido, com o que estão, agora, à luz da nova ordem constitucional inteiramente superados.

Com relação aos filhos, as novidades igualmente são de grande alcance, sobretudo por ter sido encerrada toda e qualquer forma de diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos, ou mesmo adotivos, que importava em discriminação odiosa. Não há mais qualificação para distingui-los. Assim, por exemplo, todos podem ser levados a registro; todos desfrutam do mesmo direito sucessório; encerrados estão os limites para o parentesco provindo da adoção. Não se pode mais rotular o filho de legítimo, ilegítimo ou adotivo; todos são tratados igualmente - e apenas - como filhos.

É certo que as discriminações, referentes aos filhos, foram sendo suprimidas com gradualismo: pelo Decreto-Lei nº 4737/42, somente o filho natural podia ser reconhecido pelos pais; posteriormente, a Lei nº 883/49 passou a admitir o reconhecimento quando finda a sociedade conjugal; por fim, a Lei 6515/77 possibilitou, a qualquer dos cônjuges, o reconhecimento dos filhos, desde que por testamento cerrado.

Hoje, contudo, *todos podem ser reconhecidos, voluntária ou judicialmente, a qualquer tempo, inclusive os incestuosos; e já não cabe mais qualquer restrição à ação investigatória e à ação negatória da paternidade*, não obstante as superadas regras da legislação civil.

Em respaldo dessa assertiva, mais propriamente no que pertine a ação negatória da paternidade, invoco - também com o fito de demonstrar que espíritos avançados não se aferram a normas anacrônicas e deixam-se tocar pelo sopro benfazejo das novidades da Carta recente - a recentíssima posição de vanguarda assumida pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça, consubstanciada no venerando acórdão da lavra do eminente Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, ao destramar o REsp nº 4.987-RJ.

O art. 364 do Código Civil pontifica que não se pode atribuir filho ilegítimo à mulher casada nem filho incestuoso à mulher solteira (lembre-se, conforme já acentuado, perante a recente Carta Constitucional, não se pode mais, a rigor, fazer nenhuma distinção referente à filiação).

A tal dispositivo deve-se ajuntar o contido nos arts. 337, 338 e 340 do mesmo já referido diploma legal de onde decorre a regra da presunção da paternidade, segundo a qual o filho da mulher casada tem como pai o marido de sua mãe.

A conjugação dessas regras traz ínsita em si a preocupação do legislador em oferecer uma proteção à maternidade, tendo-a como instituição sagrada, protegendo a mulher casada do desconforto de ter contra si proposta uma ação que a tenha por suspeita de ter filho adúltero.

Assim, o marido é o pai do filho de sua mulher; este é um *anátema que há séculos pesa sobre a filiação, que o romano qualificava de mistério no célebre brocardo **mater semper certa est, pater incertas**, (a maternidade é certa, a paternidade é incerta, ou presumida), na observação feliz do Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, em mencionado julgado.*

Esta regra de imputar sempre (salvo as raríssimas e *raríssimas mesmo* e consagradas exceções contidas no Código Civil) a paternidade ao marido, afastando, assim, a maternidade adúltera, é tão forte em nossa legislação e, por decorrência, na aplicação da lei pelos nossos Tribunais, que, como se sabe:

- a) mesmo comprovado o adultério da mulher;
- b) mesmo sendo obtida a confissão do adultério pela própria adúltera;

c) mesmo a mulher casada confessando em juízo que o seu filho é de outro homem, que não o seu marido - mesmo diante de todas essas evidências - o filho da mulher casada continua, pelo Código Civil, sendo também tido como filho do seu marido.

Note-se que a confissão, em regra, é a prova mais contundente que se pode obter contra alguém em juízo, mas, pelo contido no nosso Código Civil, não é ela bastante, por si mesma, para elidir a paternidade do marido.

E que o legislador civil pretendia, com isso, afastar confissões coagidas ou raivosas, dessas prestadas pela mulher, por vingança ou capricho, para afetar a honorabilidade do seu marido.

Ademais, a ciência não fornecia meios efetivos e acreditados com os quais pudesse resultar provada a paternidade, vale dizer, não havia nenhum exame de que se pudesse extrair a afirmação convencida de que "Fulano **é** pai de Beltrano", mas, quando muito, a pálida e de pouca valia informação "Fulano **pode ser** pai de Beltrano", isto é, o mais que se obtinha era incluir o suspeito na cinzenta zona da possibilidade de ser o genitor.

É importantíssimo ter-se em conta, todavia, que o Código Civil remonta ao início do século (1916), quando outras eram as realidades sociais, as experiências vivenciadas, outro era o papel a que a mulher se destinava, como, de igual sorte, outro era o estágio em que a ciência se encontrava.

Hoje, no entanto, a Constituição Federal recente, tornando regra escrita o que é presenciado na realidade social, apregoa, como já dito, a absoluta igualdade entre o homem e a mulher; igualmente assegura à criança o direito à dignidade e ao respeito; e a ciência já permite comprovar a paternidade valendo-se de técnicas e exames

biológicos avançados (de que o chamado fator "HLA" é o destaque), com uma margem ínfima de erro.

Atento a essas novas verdades, e inobstante o conformismo, senão a indiferença, de muitos juristas, já se percebe uma lúcida inquietação de outros tantos, em adequar as normas antigas e superadas do Código Civil, no que pertine ao Direito de Família, às presentes realidades sociais, bem como aos novos princípios constitucionais.

Prestigiando esta nova tendência e dela sendo mesmo um arauto, o Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, com o peso de sua autoridade de Ministro do Superior Tribunal de Justiça e de erudito Professor de Direito de Família da UNB, no REsp 4987-RJ, já reportado, proferiu elucidativo e revolucionário voto, que foi o condutor, no sentido de possibilitar, ao marido que registrará, como sua, filha que sua mulher tivera na constância do casamento, a promover uma "ação negatória da paternidade", em que pretendia anular o registro que fizera, já que sua mulher lhe dissera que a filha era de outro homem.

Entendeu aquele honrado magistrado que o

fetichismo das normas legais, em atrito com evolução social e científica, não pode prevalecer a ponto de levar o Judiciário a manietar-se, mantendo-se impotente em face de uma realidade mais palpante, a qual o novo Direito de Família, prestigiado pelo constituinte de 1988, busca adequar-se.

O Subprocurador Geral da República que atuara no feito, Prof. OSMAR BRIMA, em bem lançado parecer, leciona, entoado no mesmo diapásão, que saber a verdade sobre a sua paternidade é um legítimo interesse da criança.

Um direito humano que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustrar. A menor, nestes autos, tem o legítimo e sagrado direito de obter a verdade sobre a sua paternidade. E será injusto e cruel privá-la de usar todos os recursos possíveis

na busca dessa verdade por frio apego a ritos e formas processuais.

Destaca, com acuidade, que

ninguém pode negar as enormes mudanças sociais e de comportamento das pessoas ocorridas desde a promulgação do Código Civil de 1916 até esta data.

A seguir arremata dizendo que

certamente, nenhum julgamento conseguirá apagar as marcas psicológicas dos fatos veiculados nestes autos. Certamente, a prova da paternidade jamais é absoluta. Certamente, existe uma presunção relativa da paternidade da criança em questão. Certamente, o julgamento do processo definirá definitivamente, os direitos patrimoniais e sucessórios. Mas é função primordial da Justiça velar para que ela própria não contribua para agravar os traumas que a vida e os pais da criança lhe impuseram.

São do Min. SÁLVIO essas lições magistrais:

A vida, enfatizam os filósofos e sociólogos, e com razão, é mais rica que nossas teorias. A jurisprudência, com o aval da doutrina, tem refletido as mutações do comportamento humano no campo do Direito de Família. Como diria o notável DE PAGE, o juiz não pode quedar-se surdo às exigências do real e da vida.

Adverte que o Direito

é uma coisa essencialmente viva. Está ele destinado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam, se modificam. O fim da lei não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e sim manter contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta que o Direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ou interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam a disciplinar como, ainda, as exigências da justiça e da equidade, que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas, sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil.

Observa, ainda, que

indo além dos contrafortes dos métodos tradicionais, a hermenêutica dos nossos dias tem buscado novos horizontes, nos quais se descortinam a atualização da lei (COUTURE) e a interpretação teleológica, que penetra o domínio da valoração, para descobrir os valores que a norma se destina a servir, através de operações da lógica do razoável (RECASÉNS SICHES).

Pondera que

se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando **contra legem**, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum. Como afirmou DEL VECCHIO, a interpretação leva o Juiz quase a uma segunda criação da regra a aplicar.

Invocando OROZIMBO NONATO, relembra que se deseja,

para o juiz moderno, quase que a função de legislador de cada caso, e isso se reclama exatamente para que, em suas mãos, o texto legal se desdobre num sentido moral e social mais amplo do que, em sua angústia expressional, ele contém.

Deflui, desses ensinamentos, que já não é tão inexpugnável a possibilidade de o marido contestar (além das restritas hipóteses que o Código Civil expressamente sempre admitiu) a paternidade do filho de sua mulher, vez que a construção pretoriana que já se esboça, com respaldo constitucional, aproxima-se da realidade vivenciada, dando nova roupagem a anacrônicos dispositivos legais, para revigorá-los, permitindo-se, assim, a substituição da verdade ficta pela verdade real.

Referido julgado é meritório pelo que inova no caso nele cogitado; todavia, sua maior valia está por consubstanciar a exata absorção das novas regras constitucionais atinentes ao Direito de Família, muito mais compatíveis com a realidade social que as disposições anacrônicas da legislação civil ordinária, dessas que são "sugeridas por



uma paisagem morta, inspiradas em idéias e conceitos que o tempo cuidou de sepultar", na advertência do Min. FRANCISCO REZEK (*in* Estrela da Manhã, Mensagem aos Formandos de 1966, Faculdade de Direito UFMG, pág. 22).

Daí desejar-se, que tal decisório, mais que um precedente a servir de aplicação apenas para casos assemelhados - o que seria muito, mas não seria bastante -, sirva de paradigma mais amplo o espírito inovador nele contido, e que se espraie por todo continente jurídico, contagiando e sensibilizando os recalcitrantes, levando-os a perceber que a nova Constituição, em todos os campos e, nesses, em vários de seus aspectos - delineiam princípios que superam os cristalizados na arcaica legislação infraconstitucional, reclamando e carecendo de aplicação imediata, sob pena de deixá-la em permanente descompasso com a verdade vivenciada e, como decorrência, impingindo ao jurista a pecha de anacrônico obstáculo aos avanços sociais.